

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

02.02.2012

Geschäftszahl

2010/04/0048

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel sowie die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein der Schriftführerin MMag. Dr. Greisberger, über die Beschwerde des X in Y, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 17. März 2010, Zl. M63/006490/2009, betreffend Feststellung der individuellen Befähigung, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem angefochtenen, im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Landeshauptmannes von Wien wurde festgestellt, dass der Beschwerdeführer die individuelle Befähigung für das Gewerbe "Versicherungsvermittlung in der Form Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten" nicht besitze.

Begründend führte die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und maßgeblicher Rechtsvorschriften, etwa von Bestimmungen der Versicherungsmakler und -berater-Verordnung, im Wesentlichen aus, der Beschwerdeführer habe am 18. Juni 2009 die Feststellung seiner individuellen Befähigung für das genannte Gewerbe beantragt und im Zuge des Verfahrens folgende Unterlagen vorgelegt:

- Bescheid des Magistrats der Stadt Wien vom 21. November "20078" (richtig: 2007), mit welchem festgestellt werde, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes "Gewerbliche Vermögensberatung, ausgenommen die Vermittlung von Personalkrediten, mit Berechtigung zur Vermittlung von Lebens- und Unfallversicherungen in der Form Versicherungsmakler und Beratung in Versicherungsangelegenheiten" an einem näher bezeichneten Standort durch den Beschwerdeführer vorlägen;
- Befähigungsprüfungszeugnis der Meisterprüfungsstelle der Wirtschaftskammer Oberösterreich, wonach der Beschwerdeführer am 8. Oktober 2007 die Befähigungsprüfung für das Gewerbe "Gewerbliche Vermögensberatung ausgenommen Personalkreditvermittlung" erfolgreich abgelegt habe;
- Zeugnis der Meisterprüfungsstelle der Wirtschaftskammer Oberösterreich, wonach der Beschwerdeführer am 8. Oktober 2007 die Ausbilderprüfung erfolgreich abgelegt habe;
- ein "Gutachten zum Vorliegen der individuellen Befähigung" der Wirtschaftskammer Wien, Fachgruppe der Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten, mit dem folgenden Inhalt (Schreibfehler im Original):

"Der/Die umseitig angeführte Antragsteller/in hat um Feststellung der individuellen Befähigung für folgende Tätigkeiten angesucht:

Versicherungsvermittlung in der Form Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten

Der Beurteilung der Befähigung für die angestrebte Tätigkeit ist der Befähigungsnachweis für das Gewerbe Versicherungsvermittlung in der Form Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten gemäß der Gewerbezugangsverordnung BGBl. II Nr. 97/2003 sowie der Prüfungsordnung des Fachverbandes Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten vom 30.1.04 zugrunde zu legen.

Zum Nachweis seiner/ihrer individuellen Befähigung hat der/die Antragsteller/in als Beweismittel folgende Unterlagen betreffend Ausbildung und/oder fachlichen Verwendungszeiten vorgelegt:

Lebenslauf

Gewerbescheine: Handelsgewerbe, Finanzdienstleistungsassistent, Gewerbliche Vermögensberatung und

folgende Fachgespräch absolviert, am 27.4.2009 bei KommR

(Sch.) (s. Protokoll vom 27.4.2009)

GUTACHTEN

Aufgrund der oben angeführten Unterlagen, bestehend in Zeugnissen/Bestätigungen/Ergebnis Fachgespräch/sonstigen Gutachten, gelangte die unterfertigte Fachorganisation zu der Überzeugung, dass die für das angestrebte Gewerbe erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen nachgewiesen sind (siehe beigeschlossenes Protokoll)

Protokoll eines Fachgespräches vom 29.5.2009

Betreifft: Versicherungsvermittlung in der Form

Versicherungsmakler und Beträter in Versicherungsangelegenheiten - (G.E.)

Anwesend: (R.M.)

KommR (Ch.Sch.)

Für das Fachgespräch wurden folgende Fragen vorbereitet:

§ 28 1-7

HS bewohnt unbewohnt

HS 72 Stundenklausel

Reine Vermögensschäden

KFZ Bonus/Malus

KFZ Kasko"

Nach einem durch den Beschwerdeführer weiters vorgelegten Schreiben an die Wirtschaftskammer Wien sei dieser 1965 in W als Sohn einer Kaufmannsfamilie geboren und habe mit 22. Mai 2006 eine Tätigkeit als "Finanzdienstleistungsassistent in Zusammenarbeit mit dem (A.)" begonnen.

Die A. GmbH habe in einem Schreiben vom 9. Juni 2009 (unter anderem) bestätigt, dass der Beschwerdeführer mit ihr seit 1. März 2006 in Vertragsbeziehung stehe und im Umfang seiner Gewerbeberechtigung für sie tätig sei. Der Beschwerdeführer habe für das Unternehmen unter anderem Angaben der Kunden über deren finanzielle Verhältnisse sowie deren Kenntnisse und Erfahrungen im Zusammenhang mit Vermögensveranlagungen entgegengenommen, fondsgebundene Lebensversicherungen und sonstige Er- und Ablebensversicherungen vermittelt, sei mit der Beratung und Vermittlung von Bauspardarlehen und Hypothekarkrediten befasst gewesen und habe A.-Kunden betreffend ausländische Fonds und Veranlagungen gemäß § 1 Abs. 1 Z. 3 KMG beraten und solche Anteile bzw. Produkte vermittelt. Der Beschwerdeführer habe A.-Kunden schließlich in Vermögensangelegenheiten beraten, sei als gewerblicher Vermögensberater tätig gewesen und habe für das Unternehmen auch Tätigkeiten im Zusammenhang mit § 1 Abs. 1 Z. 19 lit. c BWG ausgeführt.

In seiner Berufung habe der Beschwerdeführer (unter anderem) vorgebracht, die A.-GmbH habe ihm einen so genannten Coach, A.K., beigestellt. Dieser Coach, der über die erforderliche und vom Beschwerdeführer beantragte Gewerbeberechtigung verfüge, sei vom Beschwerdeführer laufend bei Kundenterminen und in Abwicklung von Versicherungsverträgen begleitet worden. Dieser habe aufgrund der fachlichen Durchführung durch den berechtigten Coach das Wesen und die Abwicklung des beantragten Gewerbes studieren und erlernen können. Zu diesem Vorbringen habe der Beschwerdeführer die Vernehmung des A.K. als Zeuge beantragt.

Aus den vom Beschwerdeführer vorgelegten Unterlagen und aus dessen Vorbringen leitete die belangte Behörde ab, dass der Beschwerdeführer keine einschlägige Ausbildung im Sinn der Versicherungsmakler und -berater-Verordnung absolviert habe. Der Beschwerdeführer hätte daher die Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen, über die derjenige verfüge, der den formellen Befähigungsnachweis erbringe, ausschließlich im Rahmen einer einschlägigen Tätigkeit, somit durch die Vermittlung oder Beratung sowie Abwicklung von Sach-, Personen- und Haftpflichtversicherungsverträgen, erworben haben müssen. Eine solche einschlägige Tätigkeit sei allerdings nicht nachgewiesen worden.

Selbst wenn der Beschwerdeführer - mit Blick auf dessen Berufungsvorbringen zu seinem Coach bei der A.-GmbH - in Zusammenarbeit mit dem Coach an der Vermittlung oder Beratung sowie Abwicklung von Sach-, Personen- und Haftpflichtversicherungsverträgen beteiligt gewesen sei, so sei in diesem Zusammenhang zu beachten, dass dies lediglich einen Zeitraum von drei Jahren (vom 1. März 2006 bis 30. April 2009) betreffen könne. Eine dreijährige fachliche Tätigkeit reiche allerdings mit Blick auf § 1 Z. 4 der Versicherungsmakler und -berater-Verordnung nicht aus, um die gleichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen zu erwerben, die jemand besitze, der den formellen Befähigungsnachweis erbringe.

Das in der Berufung des Beschwerdeführers hervorgehobene Fachgespräch bei der Wirtschaftskammer Wien stelle keinen Ersatz für fehlende Nachweise und keine Alternative zur Befähigungsprüfung dar. Im Übrigen sei das vorgelegte Gutachten der Wirtschaftskammer Wien nicht schlüssig und nachvollziehbar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der sie die Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die Beschwerde bringt im Wesentlichen vor, es komme nach § 19 GewO 1994 lediglich darauf an, dass der Besitz der fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten nachgewiesen werde, wobei nicht entscheidend sei, in welcher Form dies geschehe. Der Beschwerdeführer könne keinen Grund erkennen, nach dem die belangte Behörde die Feststellung über das Vorliegen der individuellen Befähigung anhand der Versicherungsmakler und -berater-Verordnung treffen wolle.

Gutachten wie das vorgelegte Gutachten der Wirtschaftskammer Wien seien seit jeher ein wesentliches Mittel zum Nachweis der individuellen Befähigung gewesen. Auch nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage der Gewerberechtsnovelle 2002, BGBl. I Nr. 111/2002, bleibe es der Behörde unbenommen, "auch in Zukunft ein Gutachten der zuständigen Gliederung der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft zur Frage der Erbringung des Befähigungsnachweises einzuholen"; der Gesetzgeber gehe daher davon aus, dass ein positives Gutachten der Wirtschaftskammer "den Nachweis über die Erbringung des individuellen Befähigungsnachweises" indiziere.

Schließlich weist die Beschwerde wiederum auf die Begleitung des Beschwerdeführers durch einen Coach hinsichtlich der Vermittlung anderer Versicherungen als Lebens- und Unfallversicherungen in einem Zeitraum "von mehr als drei Jahren" hin, nämlich "vom 01.03.2006 bis 30.04.2009"; die belangte Behörde habe in diesem Zusammenhang die Bestimmung des § 1 Abs. 1 Z. 4 Versicherungsmakler und -berater-Verordnung unrichtig angewandt.

2. Voraussetzung für die Ausübung von reglementierten Gewerben - zu denen gemäß § 94 Z. 76 GewO 1994 auch das Gewerbe der "Versicherungsvermittlung (Versicherungsagent, Versicherungsmakler und Beratung in Versicherungsangelegenheiten)" gehört - ist gemäß § 16 Abs. 1 erster Satz GewO 1994 der Nachweis der Befähigung.

Unter Befähigungsnachweis ist gemäß § 16 Abs. 2 GewO 1994 der Nachweis zu verstehen, dass der Einschreiter die fachlichen einschließlich der kaufmännischen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen besitzt, um die dem betreffenden Gewerbe eigentümlichen Tätigkeiten selbständig ausführen zu können.

Gemäß § 18 Abs. 1 erster Satz GewO 1994 hat der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit (jetzt: Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend) für jedes reglementierte Gewerbe durch Verordnung festzulegen, durch welche Belege - für sich allein oder in entsprechender Verbindung untereinander - die Zugangsvoraussetzungen zum betreffenden Gewerbe, gegebenenfalls für dessen eingeschränkte Ausübung, im Hinblick auf die hierfür erforderliche fachliche Befähigung jedenfalls als erfüllt anzusehen sind.

Die im gegenständlichen Fall maßgebliche Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Zugangsvoraussetzungen für das verbundene Gewerbe Versicherungsmakler; Berater in Versicherungsangelegenheiten (Versicherungsmakler und -berater-Verordnung), BGBl. II Nr. 97/2003, lautet - soweit hier von Relevanz - wie folgt:

"§ 1. (1) Durch die im Folgenden angeführten Belege ist die fachliche Qualifikation zum Antritt des verbundenen Gewerbes der Versicherungsmakler und der Berater in Versicherungsangelegenheiten (§ 94 Z 77 GewO 1994) als erfüllt anzusehen:

1. Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Befähigungsprüfung für das unbeschränkte reglementierte Gewerbe der Versicherungsmakler oder

2. Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Prüfung für das unbeschränkte reglementierte Gewerbe der Berater in Versicherungsangelegenheiten oder

3. Belege über eine ununterbrochene vierjährige einschlägige Tätigkeit als Selbstständiger oder in leitender Stellung oder

4. Belege über eine ununterbrochene zweijährige einschlägige Tätigkeit als Selbstständiger oder in leitender Stellung und dreijährige einschlägige Tätigkeit als Unselbstständiger oder

5. Belege über eine einjährige einschlägige Tätigkeit als Selbstständiger oder in leitender Stellung, nachdem eine staatlich anerkannte Ausbildung für das Versicherungsmaklergewerbe erfolgreich absolviert wurde.

(2) Die in Abs. 1 Z 3 bis 5 genannten Tätigkeiten müssen Kenntnisse in der Vermittlung oder Beratung sowie der Abwicklung von Sach-, Personen- und Haftpflichtversicherungsverträgen in einem der Befähigungsprüfung entsprechenden ausreichenden Ausmaß mit sich bringen.

(3) (...)

(4) Eine Tätigkeit in leitender Stellung in einem einschlägigen Unternehmen im Sinne von Abs. 1 Z 3 bis 5 übt aus, wer in dem entsprechenden Tätigkeitsbereich in folgenden Positionen beschäftigt oder mit folgenden Aufgaben betraut war:

1. als Leiter des Unternehmens oder als Leiter einer Zweigniederlassung oder
2. als Stellvertreter des Leiters des Unternehmens oder als Bevollmächtigter, wenn mit dieser Stellung eine Verantwortung verbunden ist, die der des vertretenen Leiters des Unternehmens entspricht, oder
3. bei einem Versicherungsunternehmen mit Aufgaben der Anleitung oder Überwachung von Versicherungsagenten.

(5) Staatlich anerkannte Ausbildungen im Sinne von Abs. 1 Z 5 sind die Folgenden: rechts-, sozial- oder wirtschaftswissenschaftliche Studienrichtungen; Lehrgang für den akademisch geprüften Versicherungskaufmann oder sonstiger facheinschlägiger Universitätslehrgang; Lehrabschlussprüfung im Lehrberuf Versicherungskaufmann; andere als die genannten Schulen und Ausbildungen, durch die die Lehrabschlussprüfung in diesem Lehrberuf nach den Vorschriften des Berufsausbildungsgesetzes, BGBl. Nr. 142/1969, ersetzt wird; sonstige staatlich anerkannte Ausbildungen mit gleichwertiger Schwerpunktsetzung."

3. Kann der gemäß § 18 Abs. 1 GewO 1994 vorgeschriebene Befähigungsnachweis nicht erbracht werden, so hat die Behörde gemäß § 19 GewO 1994 das Vorliegen der individuellen Befähigung festzustellen, wenn durch die beigebrachten Beweismittel die für die jeweilige Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen nachgewiesen werden. Die Behörde hat das Vorliegen der individuellen Befähigung mit der Beschränkung auf Teiltätigkeiten des betreffenden Gewerbes auszusprechen, wenn die Befähigung nur in diesem Umfang vorliegt.

Beim "individuellen Befähigungsnachweis" im Sinn des § 19 GewO 1994 wird der gemäß § 18 Abs. 1 GewO 1994 vorgeschriebene Befähigungsnachweis durch sonstige Nachweise ersetzt, die jene Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen belegen, die für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes erforderlich sind. Die Beurteilung, ob durch diese (sonstigen) Nachweise die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen belegt werden, hat daher am Maßstab der den Befähigungsnachweis im Sinn des § 18 Abs. 1 GewO 1994 festlegenden Vorschriften (Zugangsvoraussetzungen) zu erfolgen (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0031, und vom 30. April 2008, Zl. 2007/04/0140, jeweils mwN).

4. Die belangte Behörde hat somit - entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung - zur Beurteilung, ob der Beschwerdeführer durch die von ihm beigebrachten Beweismittel die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen iSd § 19 GewO 1994 nachgewiesen hat, zu Recht die Bestimmungen der Versicherungsmakler und -berater-Verordnung als Maßstab herangezogen.

Beizupflichten ist der belangten Behörde auch darin, dass der Beschwerdeführer, der unstrittig nicht über einen gemäß § 18 Abs. 1 GewO 1994 vorgeschriebenen Befähigungsnachweis verfügt, eine einschlägige Tätigkeit im Sinn insbesondere des § 1 Abs. 1 Z. 3 oder Z. 4 Versicherungsmakler und -berater-Verordnung nachweisen hätte müssen, wobei diese Tätigkeit gemäß § 1 Abs. 2 der Verordnung "Kenntnisse in der Vermittlung oder Beratung sowie der Abwicklung von Sach-, Personen- und Haftpflichtversicherungsverträgen in einem der Befähigungsprüfung entsprechenden ausreichenden Ausmaß mit sich bringen" hätte müssen.

Selbst wenn man zu Gunsten des Beschwerdeführers von einer derartigen Tätigkeit während der (im Übrigen auch von der belangten Behörde in diesem Ausmaß festgestellten) Zeit der Zusammenarbeit mit seinem Coach bei der A.-GmbH vom 1. März 2006 bis 30. April 2009 ausginge, kann der Beschwerdeführer nach den von ihm im Verwaltungsverfahren vorgelegten Beweismitteln nicht eine Tätigkeit nachweisen, die der in § 1 Abs. 1 Z. 4 der Verordnung *zusätzlich* geforderten (arg. "und") ununterbrochenen zweijährigen einschlägigen Tätigkeit als Selbständiger oder in leitender Stellung gleichwertig ist (vgl. zur Nachweispflicht das hg. Erkenntnis vom 30. November 2006, Zl. 2005/04/0163), umfasst doch das von ihm unstrittig ausgeübte Gewerbe der gewerblichen Vermögensberatung lediglich die "Berechtigung zur Vermittlung von Lebens- und Unfallversicherungen in der Form Versicherungsmakler und Beratung in Versicherungsangelegenheiten" und entspricht somit nicht der nach § 1 Abs. 2 der Verordnung erforderlichen (umfassenderen) einschlägigen Tätigkeit.

Aus diesem Grund geht die Verfahrensrüge des Beschwerdeführers wegen der nicht erfolgten Befragung des als Zeugen beantragten Coach A.K. ins Leere.

5. Die Beschwerde weist - an sich zutreffend - darauf hin, dass die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage der Gewerberechtsnovelle 2002 (BGBl. I Nr. 111/2002) auf die Möglichkeit der Behörde hinweisen, ein Gutachten der zuständigen Wirtschaftskammergliederung "zur Frage der Erbringung des Befähigungsnachweises einzuholen" (1117 BlgNR XXI. GP, 88). Allerdings sind nach den Erläuternden Bemerkungen auch im Fall der Vorlage eines positiven Gutachtens "die Schlüssigkeit des Gutachtens und die Vollständigkeit der hierfür herangezogenen Unterlagen und Belege zu prüfen" (1117 BlgNR XXI. GP, 77).

Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde das Gutachten der Wirtschaftskammer Wien vom 2. Juni 2009 samt einem bloß stichwortartig erstellten Protokoll eines "Fachgesprächs" vom 27. April 2009 im angefochtenen Bescheid wörtlich wiedergegeben. Dem Gutachten und dem genannten Protokoll sind keine über

die im Verwaltungsverfahren vorgelegten Unterlagen hinausgehenden Belege zu entnehmen; das "Fachgespräch" ist lediglich hinsichtlich der darin behandelten Fragen in knappsten Stichworten dokumentiert, zu den Antworten des Beschwerdeführers ist dem Protokoll nichts zu entnehmen. Insgesamt lässt sich daher aus dem "Gutachten zum Vorliegen der individuellen Befähigung" überhaupt nicht ableiten, aus welchen Gründen die Fachgruppe Wien der Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten zu der "Überzeugung" gelangt ist, dass "die für das angestrebte Gewerbe erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen nachgewiesen sind".

Die Auffassung der belangten Behörde, das Gutachten sei unschlüssig und nicht nachvollziehbar, ist daher nicht zu beanstanden.

6. Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

7. Der Ausspruch über den Aufwandsersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Wien, am 2. Februar 2012